

GIULIO MOOR  
PROFESSORE NELL'UNIVERSITÀ DI BUDAPEST

*Mely Lincélel*

*Mly.*

*Legh. o.*

*6950.*

# CREAZIONE E APPLICAZIONE DEL DIRITTO

ESTRATTO

dalla *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*

ANNO XIV — FASC. VI

ROMA

RIVISTA INTERNAZIONALE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

Via Appennini, 52

1934

M. T. AKAD. KÖNYVTÁRA  
Növedéknapló  
1940. 1249. sz.



## CREAZIONE E APPLICAZIONE DEL DIRITTO

I. La teoria dei gradi delle norme giuridiche. — II. Creazione e applicazione del diritto come formazione positiva di esso. — III. Trattamento sociologico dell'impero e dell'obbedienza. — IV. Il contenuto della norma giuridica in sè come diritto positivo. — V. Esame sociologico, giuridico e filosofico del diritto. — VI. Il problema della creazione del diritto e della sua applicazione come problema d'essenza del diritto. — VII. Il problema della creazione del diritto e della sua applicazione come problema di contenuto del diritto.

### I. - La teoria dei gradi delle norme giuridiche.

Il fatto che nuove tendenze giuridiche cerchino di superare o addirittura di negare la tradizionale distinzione tra *creazione* e *applicazione* del diritto, ci conduce a trattare il problema delle relazioni tra creazione e applicazione, e la questione sulla uguaglianza o differenza di questi due importanti momenti della vita del diritto positivo.

L'affermazione dell'uguaglianza tra creazione e applicazione può discendere da due punti di vista. *In primo grado*, considerando che la creazione del diritto sia essa stessa un processo giuridicamente regolato, e che quindi il problema della nascita legittima del diritto, così essenziale per il giurista, rappresenti anch'esso un momento di applicazione, o, quanto meno, racchiuda in sè elementi propri di questa fase. *In secondo grado*, considerando che gli atti di applicazione del diritto, primo fra tutti la sentenza, siano un progresso creatore del diritto stesso, o, quanto meno, contengano oltre alla mera applicazione anche elementi creativi.

La letteratura giuridica in materia, seguendo quest'ultima corrente, è pervenuta al consolidamento della tesi di uguaglianza tra creazione e applicazione. Da quando Oscar Bülow espone la sua « teoria della creazione del diritto giudiziario » e la sua tesi sulla « affinità tra





legge e sentenza », secondo i cui principî il legislatore non può andar oltre un abbozzo dell'ordinamento giuridico, mentre vero creatore è solamente il giudice (1), spettò propriamente alla *scuola del diritto libero*, fiorente sullo scorcio del secolo passato, il compito di proclamare la funzione creatrice della sentenza. Ernesto Rodolfo Bierling, dal suo canto, ha trattato il semplice ossequio al diritto da parte dei titolari, ad esempio i negozi giuridici di diritto privato, come « posizione di norme giuridiche subordinate », pur definendo per altra via la legge come una specie saliente di negozi giuridici nel campo del diritto pubblico (2).

Seguendo questi e altri precursori, svolse Adolfo Merkl la sua « teoria dei gradi delle norme giuridiche », affermando l'identità di tutti i fenomeni del mondo giuridico, e giungendo a un sistema di gerarchia, nella quale si presentano come gradi subordinati la costituzione statutaria, la semplice legge, il decreto, la sentenza, i negozi di diritto privato, e perfino il più semplice atto di applicazione del diritto. All'apice di questa gerarchia dominerebbe l'ipotesica « *norma fondamentale* » o « *norma originaria* », destinata a far derivare da un'ipotesi di giurisprudenza la validità giuridica del grado superiore del diritto positivo, cioè della costituzione statutaria positivamente non più giustificabile.

La dottrina del Merkl, che noi supponiamo cognita ai lettori (3), fu ripresa dal Kelsen, fondatore della *teoria del puro diritto*, così che la teoria dei gradi di diritto rimane anche a segnare la via di questa moderna importante corrente giuridica.

Questa teoria dei gradi si è sforzata di raccogliere i propri argomenti dalle due correnti sopracitate: esso si richiama tanto al carattere applicativo della creazione, quanto al carattere creativo dell'applicazione. Sebbene essa, seguendo il primo indirizzo, ed assumendo a presupposto la norma fondamentale ipotesica, si spinga tanto oltre da concepire le norme stesse dei più alti gradi giuridici

(1) O. VON BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885.

(2) E. R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, 2. Bd., Freiburg i. B., 1898.

(3) Cfr. specialmente A. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig, 1923. Nella letteratura giuridica italiana, a mio avviso, segue specialmente la teoria dei gradi PAOLO SILVIO MIGLIORI; cfr. il suo notevole libro: *Il concetto di funzione giurisdizionale*, Palermo, 1932, e il suo articolo: *Tendenze verso il diritto libero nella letteratura giuridica odierna*, in « Rivista int. di Filosofia del Diritto », A. XII, 1932, fasc. I, pag. 95 ss.



positivi come esercizio di una funzione delegata, tuttavia il centro di gravità, anche qui nella dottrina del Merkl e del Kelsen, si rinviene nella concezione del carattere creativo dell'applicazione del diritto, principio che si manifesta anche nella denominazione del sistema giuridico come una « dipendenza di atti creativi ». Anche a tralasciare il fatto che la dottrina dei gradi di diritto spiega una colorazione *sociologica* entro il concetto *normativo* della dottrina del *puro* diritto(1), ritiene quest'ultima di aver consolidato il suo principio *normativo* mediante l'affermazione che gli essenziali atti di impiego del diritto non sono più fatti, sibbene norme giuridiche delegate di ordine inferiore.

Su questo fondamento, la teoria dei gradi perviene a proclamare il *corrente parallelismo della creazione e dell'applicazione del diritto attraverso tutto il sistema graduato* (2).

Tuttavia essa è costretta ad ammettere una grave eccezione. Come scrive il Merkl, « il principio e il termine di questo doppio processo necessariamente si presentano l'uno come pura creazione, l'altro come pura applicazione del diritto » (3).

Il pensiero centrale della dottrina dei gradi si rinviene precisamente in questa corrente equazione tra creazione e impiego, piuttosto che là dove gli stessi autori della dottrina credono rinvenire il maggior merito di essa, che è quanto dire l'avere sostituito un sistema *uniforme* fondato solamente sulla legge, con un sistema *moltiforme* appoggiato in serie gradate, scambiando un quadro *statico* con uno *dinamico*.

La concezione di un sistema di diritto uniforme poteva solo scaturire dall'esame di uno Stato assolutistico, esempio fra i tanti il diritto giustiniano. In Stati a base costituzionale il concetto dei gradi di diritto apparve ben presto: così, p. es., una vecchia dottrina radicata nel seno del diritto ungherese, per cui debbono essere subordinati alla legge tanto il diritto statutario dei corpi amministrativi autonomi, quanto i decreti di governo. E neppure l'impiego di diritto inteso come conseguenza di momenti vari subordinati è novità, come dimostra, ad esempio, la subordinazione dell'esecuzione

---

(1) Cfr. su ciò il mio articolo: *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus*, nel volume in onore di Kelsen, « Gesellschaft, Staat und Recht », Wien, 1931, pag. 81.

(2) A. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft*, cit., pag. 217-218,

(3) *Op. cit.*, pag. 218,



penale al penale giudizio. Anche nelle teorie di filosofia del diritto è facile rinvenire precedenti alla dottrina dei gradi di diritto proclamata dal Merkl. Così, ad esempio, già il Somló distingueva fonti di diritto *primarie* e *secondarie*, sottolineando « coordinazione » e « complicata gerarchia » nelle norme secondarie stesse, sulla base del contenuto di diritto positivo (1). E questa dottrina del Somló si presenta superiore, almeno in teoria, a quella del Merkl, giacchè in essa è rimossa ogni confusione tra il concetto d'essenza del diritto (fonte di primo grado) e il concetto di contenuto del diritto (fonte di secondo grado) (2). Anzi è proprio lo stesso Merkl che così si esprime: « Se si ammette che in questo processo (la discendenza gradata delle forme di diritto) sempre va rampollando diritto da altre forme di diritto, viene con ciò a presentarsi insostenibile il frazionamento di quel processo in una fase creativa (unitaria o in catena di *molteplici* stadi) e in una susseguente fase di applicazione, sia pur questa unitaria o in catene di *molteplici* stadi » (3); che è quanto dire che egli stesso considera la « insostenibile rappresentazione predominante » come una possibile concezione *molteplice* della creazione e dell'impiego del diritto.

Per quanto poi concerne la sostituzione di un concetto di diritto *statico* con uno *dinamico*, già in precedenza ho avuto occasione di dimostrare come questa formula dia luogo a gravi equivoci (4). La scienza *dommatica* del diritto, la giurisprudenza, può operare, secondo il mio modo di vedere, solo entro una sfera di concezioni *statiche* del diritto, essa deve trattare *sub specie puncti temporis* il contenuto di diritto positivo, come irrigidito nell'attimo: ciò giustifica nella giurisprudenza stessa l'impiego di metodi *normativi*. L'esame giuridico-filosofico della nascita sociologica storica delle norme di diritto,

(1) FELIX SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, I. ediz., Leipzig, 1917, pag. 330-333.

(2) Sulle lacune della teoria di MERKL dei gradi di diritto riguardo a questo punto cfr. il mio articolo: *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus*, cit., pag. 82. A riprova che il SOMLÓ abbia preannunziato la teoria dei gradi, cfr. la sua frase: « Anche il comando del preposto alla cancelleria verso il suo sottoposto costituisce una norma di diritto » (*op. cit.*, pag. 332). Egualmente la corrispondenza delle fonti secondarie di diritto cogli organi di applicazione si trova chiaramente in quello scrittore: cfr. *op. cit.*, pag. 422-423. Fa difetto tuttavia il corrente parallelismo di creazione e applicazione di diritto.

(3) *Op. cit.*, pag. 217. La sottolineatura è mia.

(4) *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus*, cit., pag. 78 e segg., 89-90 e 96.



della loro efficacia e della loro decadenza è per contro necessariamente *dinamico*. Se quindi la dottrina dei gradi intenda offrire un trattamento dinamico del diritto, con ciò essa svela di avere in realtà sott'occhio il processo sociologico storico della creazione e dell'applicazione: chè se di ciò essa non fosse convinta e ritenesse tuttora di fornire un'esposizione normativa dei precetti di diritto positivo concernente la gerarchia di determinate fonti di diritto, le sarebbe pur giuocoforza riconoscere che questa esposizione non può non essere anch'essa un quadro *statico* del vigente contenuto statico di diritto, da cui in luogo di una costruzione dinamica può scaturire solamente il problema se una data norma debba essere riconosciuta come giuridica sulla base delle prescrizioni vigenti e, in un caso possibile di collisione di norme, quale fra queste debba essere riconosciuta come giuridica. Ma questi sono problemi che riguardano la scienza dommatica, non la filosofia.

La netta distinzione tra problemi dell'essenza di diritto e problemi del suo contenuto, ha appunto la sua maggiore importanza nell'argomento metodico della trattazione statica (normativa) o dinamica (sociologica).

Attraverso questa breve valutazione della dottrina dei gradi proclamata dal Mehl e dal Kelsen, ci sembra che il nocciolo della questione risieda in questo problema: se sia giusto mantenere anche in seguito la tradizionale distinzione tra creazione e applicazione del diritto, o invece se tale distinzione, a seguito del corrente parallelismo di queste due forme, oramai abbia perduto importanza, tanto da non essere più capace di impiego in una moderna teoria di diritto. La risposta alla questione la troveremo nelle pagine che seguono.

## II. - Creazione e applicazione del diritto come formazione positiva di esso.

Occorre fissare, sulla soglia delle nostre ricerche, il concetto di diritto *positivo*. La travagliata questione se si abbia altro diritto oltre il positivo, la quale non solo ebbe in passato strenui sostenitori in senso affermativo, ma anche oggi è propugnata dal maggior rappresentante della scuola moderna del diritto, Giorgio Del Vecchio (1), viene qui da noi lasciata da parte.

---

(1) Cfr. G. DEL VECCHIO, *Lezioni di Filosofia del diritto*, II, ed., Città di Castello, 1932, pag. 218.



Egualemente non ci occuperemo, per quanto concerne il nostro studio, della vecchia controversia sulla natura coattiva del diritto.

È generalmente riconosciuto spettare al concetto del vivo diritto positivo una realtà *attuata* e *applicata*. Lo stesso Kelsen, la cui concezione puramente normativa racchiude l'audace pensiero di rappresentare uno stretto positivismo con abbandono della solita caratteristica di positività: l'idea della reale attuazione ha in questi ultimi tempi assunto l'essenza di positività nelle effettive efficacie delle norme di diritto (1). Che però non solo l'*applicazione*, ma anche il *processo creativo*, sia pure più raramente raccolto ad esame, appartenga all'essenzialità del diritto positivo, è cosa di agevole comprensione. In contrapposto al diritto naturale, il quale è in sè evidente e attende di essere desunto dalla natura e dalla ragione, è tipico nel diritto positivo che questo venga a raccogliersi lungo un processo sociologico storico, che insomma esso non possa formarsi senza l'empirismo degli atti, senza l'atto *creativo*.

L'interdipendenza del concetto di *produzione* e di quello di *applicazione* nel seno delle *positività* del diritto, che ambedue li va intrecciando, trova un'efficace rilievo nell'opera del gran giurista svizzero Eugen Huber, nella quale appunto il capitolo sulla realizzazione del diritto tratta i due punti della *formazione del diritto* (legislazione in senso lato) e *dell'applicazione del diritto*. Huber intende perciò la creazione come preliminarare all'*attuazione*, sulla quale egli sembra porre il centro di gravità della positività del diritto. « La legislazione in senso lato, scrive egli, presta il suo più efficace contributo all'attuazione del diritto mediante la fissazione dei principi: sicchè si può ben dire che questa astratta realizzazione costituisce un necessario presupposto per quella concreta » (2).

Se Huber considera la creazione del diritto dal punto di vista dell'applicazione, per contro l'illustre maestro italiano Del Vecchio colloca il centro di gravità del diritto positivo entro il problema delle fonti, che è quanto dire nel seno della *creazione*. Nelle sue belle « Lezioni di Filosofia del diritto », infatti, il problema del diritto positivo viene

---

(1) KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, pag. 18-19. Cfr. su ciò il mio articolo: *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus*, cit., pag. 87 e segg.

(2) EUGEN HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, II. ediz., Basel, 1925, pag. 347.



inserito, ciò che è sintomatico, nel capitolo: fonti del diritto (1). Secondo il suo punto di vista, alla formazione positiva del diritto necessita il sorgere di una volontà superindividuale e collettiva, la quale pone il diritto, cioè a dire, lo va rendendo positivo: secondo il suo sistema, l'applicazione del diritto appare come la conseguenza della creazione. « La volontà superindividuale o comune, scrive egli, che sostiene l'ordinamento giuridico rendendolo positivo, ha per prima funzione il *mantenimento* delle regole di diritto, onde l'ordinamento risulta » (2).

Se noi ora ammettiamo come appartenenti alla positività del diritto la sua creazione e la sua applicazione, diminuisce di importanza il problema se porre il centro di gravità sulla prima o sulla seconda. La prima concezione, secondo cui è compito del fattore creativo del diritto di far pervenire le sue norme a pratica attuazione, attraverso l'impiego autoritario del diritto, corrisponde a una concezione del diritto conservativa e autoritaria, mentre la seconda, secondo cui il centro di gravità va collocato nella base di applicazione, e specialmente nel volontario ossequio da parte degli associati (3), esprime un sistema liberale democratico.

E in fondo queste due teorie finiscono per toccarsi, allo stesso modo che, nel campo della realtà, creazione e applicazione del diritto fluiscono mescolate fra loro. Infatti: chi ha il potere e l'autorità di creare il diritto positivo in un processo storico sociale? Certamente non uno qualunque, ma solo chi può contare sull'esecuzione dei propri ordini. Potenza, autorità significano influsso sociologico-motivante, capacità di provocare l'ossequio, l'obbedienza alla norma, l'applicazione del diritto: *oboedientia facit imperantem* (4).

---

(1) G. DEL VECCHIO, *Lezioni di Filosofia del diritto*, cit., pag. 219.

(2) G. DEL VECCHIO, *Sulla statualità del diritto*, in « Rivista internaz. di Filosofia del diritto », anno IX, 1929, fasc. I, pag. 10.

(3) Cfr. HUBER, *op. cit.*, pag. 347: « Werden Tausende von Fällen der rechtlichen Ordnung auf der Grundlage des gesetzten Rechts mit Hilfe der Gemeinschaftsgewalt zur Ordnung gebracht, so zählen die Fälle, wo ohne ein solches Eingreifen das Recht verwirklicht wird, in die Millionen und Abermillionen ».

(4) Questa frase di SPINOZA corrisponde all'altra di SCHILLER: « Den Gebietenden macht nur der Gehorchende gross ». Cfr. SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, pag. 104; RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, III ediz., Leipzig, 1932, pag. 79, nota 2; HERMANN HELLER, *Die Souveränität*, Berlin, 1927, pag. 35.



Se è dunque sugli osservanti del diritto che si appoggia la potenza del creatore di esso, è l'impiego di diritto che consacra il suo creatore e pertanto, in ultima analisi, produce il diritto stesso. Al contrario, se l'applicazione del diritto non è altro che la realizzazione del sistema giuridico, e se la potenza creatrice del diritto rappresenta la capacità a sprigionare tale realizzazione, è dunque in ultima analisi precisamente il creatore di diritto che produce la sua applicazione. Altrimenti ci si potrebbe anche domandare se sia ragionevole prima dell'attuazione del diritto parlare già di una creazione di esso perfetta e dell'applicazione susseguente, se rientri nel concetto del diritto positivo che esso venga praticamente realizzato e applicato. Prima dell'applicazione anzi il diritto positivo come tale non è ancora pieno, la sua attuazione si appartiene ancora al suo processo creativo e prima che tale processo si concluda non è possibile discorrere di un diritto in atto, che è già creato, ma aspetta ancora la sua applicazione.

Sotto questo profilo è del tutto erroneo contrapporre applicazione a creazione, giacchè appunto la prima non è che una parte del processo della seconda.

Da ciò che si è detto finora si dimostra come le funzioni creative e applicative del diritto confluiscono in un identico processo: nel *processo formativo della positività* del diritto. Le nostre precedenti considerazioni sembrerebbero fornire una conferma della teoria dei gradi, la quale assume un « corrente parallelismo » tra queste due funzioni. In realtà, fra la nostra e quella teoria corre il divario per cui, mentre la teoria dei gradi vuol essere una concezione di diritto « *puramente normativa* », per contro il nostro sistema definisce come fenomeni *sociologici* tanto il potere creativo del diritto, quanto l'attuazione delle norme attraverso l'impiego di diritto.

Nelle pagine che seguono cercheremo di dimostrare come, nonostante l'assunta somiglianza tra creazione e applicazione del diritto, *siano sempre da mantenere distinte tra loro queste due funzioni*. La nostra ricerca parte dalla distinzione sociologica dell'impero e dell'obbedienza. Verrà anche dimostrato come un'indagine *sociologica* della società non possa effettuarsi senza la distinzione tra potere sociale e obbedienza volontaria o coattiva. E dimostrato sarà ancora come perfino il punto di vista sociologico non sia puramente causale, sibbene *spirituale* (rispettivamente *valutante* o *normativo*).

Anche la distinzione sociologica tra creazione e applicazione è



dunque possibile solo se appoggiata a un contenuto normativo del sistema di diritto, mediante l'impiego di questo, «*come criterio di valutazione dell'operare*» (Del Vecchio).

### III. - Trattamento sociologico dell'impero e dell'obbedienza.

È necessario in questo esame sociologico assumere la vita sociale come un'unità superindividuale, essenzialmente *spirituale*. La società non ha nessun corpo autonomo come realtà fisica e nessuna anima indipendente come realtà psichica, che è quanto dire la sua unità non è realtà empirica, psico-fisica. Certo, la società si compone di elementi reali psico-fisici, e pertanto sarebbe errato supporre che la vita sociale sia identica colla pura spiritualità, con un complesso ideologico. Ma quelle realtà psico-fisiche, delle quali si compone l'entità sociale, rappresentano azioni umane. Queste azioni non formano una serie continua psico-fisica, esse si intrecciano e influiscono fra loro reciprocamente, pur mantenendo la loro fisica e psichica diversità, anche dopo che il fascio spirituale le ha raccolte in un complesso unitario di vita sociale. È qui anche da intendere come l'uomo non entri a far parte della società nella pienezza della sua entità biologico-psicologica. Anche là dove la vita sociale trae in sé la migliore e più ricca parte dell'attività umana, rimane pur sempre un residuo di azioni umane, il quale non può essere ridotto a vita sociale, rispecchiando anzi in sé la pura vita individuale dell'uomo.

Su questa ineluttabilità giace la fonte dell'eterno conflitto fra le concezioni sociologico-statali, *universalistiche e individualistiche*, allo stesso modo che la giustificazione di esse. L'universalismo è sempre l'espressione di una *forma mentis* di scienza dello spirito, allo stesso modo che l'individualismo tende a essere la conseguenza di un trattamento della società in senso eminentemente naturalistico. Ma una indagine esclusivamente naturalistico-causale dei fenomeni sociali non può non condurre fatalmente alla totale obliterazione dell'ente società, giacché i legami, che raccolgono le innumerevoli distinte azioni umane entro un complesso unitario sociale, sono appunto di natura spirituale, e pertanto sottratte a un nesso causale. Sotto il profilo naturalistico causale la vita sociale si dissolve in un acervo di azioni umane l'una dall'altra influenzate, nel cieco intreccio delle realtà psico-fisiche di queste azioni, per entro le quali indarno si andrebbe in traccia di un qualche senso o di una



qualche sensata distinzione, allo stesso modo che, secondo le nostre precedenti parole, indarno si andrebbe in traccia di una sensata distinzione tra creazione e applicazione del diritto. La sociologia, la quale è sorta come « scienza naturale della società » (1), non può essere compresa entro una cerchia puramente naturalistico-causale.

Anche la *forza sociale* rappresenta prima di tutto qualcosa di spirituale, appartenente alla sfera ideologica. Certo essa ha i suoi elementi reali, fisici, psicologici: la realtà psico-fisica delle attività umane che compongono la potenza sociale. La forza materiale degli uomini che sostengono questa potenza è quindi in essa contenuta, così come il substrato psichico delle manifestazioni fisiche, ad esempio istinti naturali, interessi individuali, sensazioni e altri aspetti dell'anima. Ciò che però racchiude queste forme individuali, fisiche o psichiche, in una forma di forze sociali, può esser solo qualcosa di superindividuale, che è quanto dire spirituale. Anche secondo quella concezione statale che si richiama al *principio del Führer* e scorge il più vigoroso vincolo unitario nella personalità di lui, non è precisamente la persona psico-fisica del conduttore che esercita tale funzione, sibbene l'idea superindividuale da lui rappresentata, la sua personalità etico-politica. E se anche la forza brutale delle baionette si appartiene alla potenza sociale, è tuttavia ben certo che solo una forza spirituale conduce queste migliaia di baionette a una fisica manifestazione di forza.

Dal fin qui detto si rileva che anche gli uomini appartenenti alla *cerchia dei dominatori* divengono partecipi del dominio attraverso la coordinazione delle loro forze e delle loro azioni in quel sistema di manifestazioni umane che si chiama potenza sociale, che è quanto dire per mezzo di un adattamento agli altri, cioè per mezzo di una specie di soggezione, di obbedienza. Ciò vale anche per i governanti, la cui volontà è decisiva per la determinazione di quei compiti, per la elezione di quelle idee che raccolgono la potenza come vincolo ideale: anche il governante deve fare i conti con gli altri e con le circostanze. Non appena la forza sociale si è in tal guisa costituita, essa è tosto in condizione di attuare la propria volontà mediante coazioni psichiche o fisiche, anche fuori della cerchia

---

(1) Cfr. SAINT-SIMON, « physicospolitique », e la frase di COMTE « physique sociale » da lui adoperata prima della creazione della parola « sociologie ».



degli investiti di potenza, nell'ambito cioè degli *assoggettati alla potenza stessa*. I sudditi regolano la loro attività e i loro atti sulla volontà e l'attività degli imperanti, prestano a questi obbedienza, e mediante tale aderenza viene ad ampliarsi quel sistema di umane attività che suole indicarsi come potenza sociale: con l'obbedienza dei soggetti si aumenta la potenza dell'imperatore. Se ci si restringe *all'esame puramente causale della cooperazione sociale* senza tener conto della sostanza spirituale, la quale viene sostenuta dalla realtà psico-fisica delle azioni umane reciprocamente influenti e coordinantisi, *riesce affatto impossibile concepire una chiara distinzione tra imperanti e sudditi, tra impero e obbedienza*. Se la potenza sociale viene concepita come conseguenza dell'obbedienza e l'obbedienza come effetto dell'impero, questa definizione puramente causale sta a significare da un lato che l'obbedienza è causa dell'impero, e dall'altro che la potenza è causa dell'obbedienza, che è quanto dire la constatazione della corrente interferenza delle azioni umane. Una formula strettamente causale della potenza sociale non sfugge al cerchio di questa verità.

E tuttavia anche una definizione *sociologica* della potenza non può sottrarsi alla distinzione tra imperante e sudditi. Essa deve perciò rappresentare a fianco di quella causale anche la sociologia *intelligente* che risale al *contenuto spirituale* portato dalla realtà psico-fisica della vita sociale, allo scopo di poter intendere e spiegare i fenomeni sociali. Il *contenuto spirituale* sostenuto dai fatti della vita sociale, la cui decisiva importanza per lo studio sociologico è qui nostro compito dimostrare, *deve essere utilizzato come criterio di valutazione* per poter commisurare i fatti della vita sociale e, secondo le risultanze di ciò, procedere al reparto di essi a questa o quella formazione sociale.

Quando si tratta di relazioni sociali semplici, questo procedimento scientifico è agevole. Prendiamo p. es. il caso di *un imperante* e di *un suddito* — un Robinson e il suo servo — e sciogliamo il contenuto di volontà del comando dall'atto psicologico del volere: misurato su questo contenuto di volontà, l'atto del suddito appare come la realizzazione di esso, come l'attuazione del comando, mentre l'attività dell'imperante offre l'estrinsecazione e la dichiarazione del contenuto di volontà, ma non la sua realizzazione. E poichè già in un caso così semplice del comando ci si richiama non all'atto psicologico di volontà, sibbene al suo senso ideale, al pen-



siero intrinseco, al *contenuto* volitivo, non riteniamo di peso il dubbio che è stato avanzato contro la teoria *imperativa* del diritto, specialmente dal punto di vista della tesi normativa, e che tenta combattere la formula del diritto, come un insieme di comandi, mediante un richiamo a uno psicologismo fuor di posto. Se si definisce la norma giuridica come un imperativo, ciò non significa affatto che essa debba identificarsi col lato psichico della volontà. Il comando giuridico può anche significare, giusta la teoria dell'imperativo, solo il contenuto di volontà del creatore di diritto.

Assai più difficile è la distinzione tra impero e obbedienza nel caso di società più vaste e complicate. In realtà, il tracciare il confine tra la parte dominante e la parte soggetta della società riesce non solo difficile, ma addirittura impossibile, se si vogliono schierare per entro le due divisioni non solo le azioni umane, ma gli uomini stessi come membri della società. Gli uomini, e lo abbiamo già dimostrato, non entrano nella società con la loro piena figura biologico-psicologica, sibbene è la vita sociale che si va costituendo appoggiata solo a determinate azioni umane, sicchè diversi atti di uno stesso uomo possono appartenere a distinti fenomeni sociali. Pertanto uno stesso uomo può, a causa di certe funzioni, partecipare all'esercizio del comando sociale, e, per altre, fornire a quello obbedienza. Se noi teniamo conto di queste circostanze, una distinzione *concettuale* delle funzioni sociali di impero e di obbedienza sarà sempre possibile. E una simile distinzione è tanto più necessaria, quanto meno è soggetto a dubbio il fatto che la vita sociale viene consciamente diretta con intensità sempre maggiore da diverse potenze e autorità, in ispecial modo per mezzo dell'ordinamento giuridico, nonchè per mezzo di altre norme e direttive sociali.

Tuttavia riuscirebbe senza senso parlare di una guida, di una direttiva, di un regolamento, senza la distinzione tra chi regge e chi è retto, tra chi guida e chi è guidato, tra chi dispone e chi obbedisce, tra imperante e sudditi, tra detentore di potenza e prestatore d'ossequio. E sempre secondo il *contenuto* dei comandi e disposizioni emananti dalla potenza sociale, sarà possibile decidere quali azioni umane si appartengono al gruppo delle manifestazioni di potenza e quali a quella dell'obbedienza. Ci sia permesso spiegare il già detto per mezzo di qualche esempio. La potenza non organizzata e amorfa che risiede dietro i costumi (convenzioni sociali) rende particolarmente difficile distinguere qui la cerchia dell'impero



dalla cerchia dell'ossequio. Ma se assumiamo come unità di misura una determinata regola di convenzione, tosto si intende con chiarezza per mezzo di quali azioni i singoli membri della società col proprio operare vadano operando la realizzazione di questa norma convenzionale come appartenenti al gruppo dell'ossequio, e per mezzo di quali azioni per contro essi come appartenenti al gruppo dell'impero tendano al far obbedire gli altri. Nel campo del dominio della *potenza giuridica* è relativamente facile tracciare il confine, di cui andiamo parlando, se la società è divisa in strati dominanti e in strati sottoposti: in riferimento a quelle norme, per mezzo di cui la classe dominante regola la condotta della classe subordinata, si pone la prima come potenza normativa, come creatrice di diritto, la seconda come gruppo di attuazione, come esecutore di norma. La subordinazione della seconda classe consiste in ciò che il regolamento dei suoi rapporti sociali spetta a un'altra classe. Se nella cerchia dei subordinati sorge necessità di stroncare una resistenza e di costringere all'obbedienza, l'attività di quegli organi, che perseguono l'attuazione del diritto, appartiene alla potenza giuridica, alla creazione del diritto. Se si hanno norme giuridiche determinate che impongono a questi organi l'attuazione del diritto, in tal caso la loro attività in riferimento a queste norme appare aderenza al diritto, che è quanto dire sua applicazione in senso stretto. Tuttavia, riguardo a quelle norme che essi debbono far realizzare, essi sono sempre organi di creazione.

Dei tribunali si potrebbe dire nello stesso senso che essi in riferimento al diritto processuale esercitano la funzione della semplice applicazione, mentre in riferimento al diritto materiale da applicare essi sono organi creatori. Certo è consueto trattare questa attività realizzatrice del diritto, l'esecuzione e la coazione del diritto, come applicazione del diritto κατ'ἔξοχην, ma la dicotomia di creazione e di applicazione, come contrapposizione di impero e obbedienza, rende necessario intendere come impiego di diritto in prima linea la semplice applicazione di esso per mezzo di propri fatti, e al contrario la realizzazione per mezzo di altri, l'esecuzione e l'attuazione dell'ordinamento giuridico contro il riluttante come appartenente alla creazione del diritto in senso lato.

In una società unitaria dove la cerchia di chi domina e di chi è subordinato non è esternamente distinguibile, in cui i membri della comunità soggetti al diritto sono anche partecipi della sua creazione,



è naturalmente più difficile separare la sfera della potenza da quella dell'obbedienza. In simile società i singoli membri appartengono a certi dati campi di potenza, come allo stesso modo vanno ascritti a determinati gruppi di subordinazione. Se noi per contro, *a proposito del regolamento giuridico in questione*, invece dei singoli uomini prendiamo in considerazione *le singole azioni umane*, agevolmente si potranno distinguere i seguenti gruppi: 1) azioni, nelle quali il volere giuridico si manifesta espressamente o tacitamente (creazione pura); 2) azioni, le quali rappresentano la realizzazione del contenuto delle norme giuridiche mediante fatti propri dell'individuo agente (applicazione pura del diritto); 3) azioni, le quali nel quadro del diritto vigente creano a loro volta diritto, quali fonti secondarie, sulla base di un comando giuridico: queste appaiono come attuazione di diritto in riferimento al comando giuridico già vigente, mentre in riferimento al diritto nuovamente creato si profilano come creazioni; 4) azioni, le quali intendono all'affermazione e all'attuazione del diritto prodotto da altri, alla realizzazione del diritto per mezzo di altri e non per mezzo di propri fatti (creazione del diritto in senso lato); ove sussista un comando giuridico, il quale obblighi l'agente per tale attuazione di diritto, ivi la sua azione in riferimento a questo comando si afferma come applicazione pura di diritto.

Come risultato delle nostre osservazioni si può affermare che è sempre possibile determinare concettualmente se una data azione appartenga alla base sociale creativa del diritto, oppure a quella d'applicazione, *purchè si assuma come sussistente un contenuto giuridico normativo, sul cui criterio poter misurare le azioni in questione*. Se si parla di creazione o di applicazione di diritto, ciò sta a significare già una valutazione di certi atti sociali colla misura di un contenuto giuridico.

Nel concetto di creazione e applicazione è già racchiuso il pensiero di una *rilevanza giuridica*, la quale rappresenta la comparazione, la misura degli atti in questione a un dato contenuto giuridico, e pertanto il risultato di questa misurazione rappresenta la qualificazione dell'azione come *atto creativo* o *d'applicazione* o come *frazione* del diritto. Quest'ultima per ora non è in questione.

Senza riferimento al *contenuto* di una certa norma giuridica non è possibile, a nostro modo di vedere, parlare di creazione e impiego di diritto. E poichè il contenuto giuridico ha un senso normativo, la nostra formula riesce a sottolineare la necessità che venga assunto



in considerazione il carattere *normativo* del diritto: l'applicazione del diritto come criterio di valutazione dell'operare.

Si tratta ora di sapere sulla base di quali caratteristiche un contenuto di diritto può essere assunto, come *sussistente* e *vigente*, ai fini della detta misurazione. Al che evidentemente si risponde: sulla base del processo di positività, la quale comprende in sè a un tempo gli atti creativi e quelli applicativi.

Questa formula sembra minacciare un circolo vizioso: il contenuto di diritto positivo viene assunto come *vigente* sul criterio di quelle azioni che stanno a significare creazione applicazione del diritto, così come queste azioni vengono a loro volta qualificate come creative o applicative sul criterio di questo contenuto di diritto già presupposto come positivo. Tuttavia non crediamo che questo sia veramente un circolo vizioso. La positività del diritto viene appoggiata agli atti creativi e applicativi *senza praticare distinzione tra essi*.

Questi *facta* servono quasi come *principio di scelta* (1) allo scopo di separare dai molti possibili contenuti il contenuto di diritto positivo. Per contro, il contenuto di diritto assunto come già vigente serve da sua parte precisamente a praticare la *separazione* tra atti creativi e atti applicativi.

#### IV. - Il contenuto della norma giuridica in sè come diritto positivo.

Il risultato della nostra ricerca è che lo studio sociologico della vita sociale non può fare a meno della distinzione tra potenza e ossequio, tra comando e obbedienza. Questa distinzione però è possibile solo sul fondamento di un contenuto ideale (contenuto di comando giuridico).

Su questo fondamento l'esame sociologico non può mai essere uno studio puramente causale delle realtà psicofisiche, ma anzi deve contenere un riferimento al significato e al contenuto portati da queste realtà psicofisiche, e laddove questo contenuto esprime un senso normativo o un valore, deve necessariamente affermarsi come *disciplina normativa* o *assiologica*.

È impossibile nell'indagine sociologica trattare per sè queste parti costitutive psicofisiche della vita sociale, giacchè esse vengono

---

(1) Cfr. HANS MOKRE, *Theorie des Gewohnheitsrechts*, Wien, 1932, pag. 144.



raccolte a forma sociale soprattutto per mezzo del contenuto ideale da loro portato.

*La sociologia pertanto non è mai una scienza puramente causale, sibbene anzi sempre spirituale, normativa e assiologica.*

Per contro, il contenuto portato dalle realtà psicofisiche della vita sociale può essere separato e considerato per sè. Su questa circostanza giace la posizione d'indipendenza delle scienze dello spirito limitantisi a questo contenuto ideale e più specialmente quella della *giurisprudenza* dommatica di fronte alla *sociologia*.

Questa dottrina viene a contatto con quella dello Stammler, secondo le cui concezioni non è possibile trattare *per sè indipendentemente* la *materia* della vita sociale (economia sociale) senza riferimento alla *forma* che la condiziona (il diritto come regolamento esterno), mentre ciò può farsi per la forma della vita sociale (il diritto come regolamento esterno), « la specie condizionante logica del contenuto di coscienza » (1). Stammler deduce questo principio dal rapporto logico tra la *forma* condizionante e la *materia* condizionata, trattando il diritto come la prima, e l'economia come la seconda nel campo della vita sociale.

Se non che, secondo il nostro punto di vista, il contrapposto tra *forma* e *materia* costituisce un'antitesi impiegata in troppo vari e oscillanti significati, mentre d'altro canto è dubbio se il rapporto strettamente logico tra forma logicamente condizionante e materia logicamente condizionata possa trasportarsi in altri argomenti oltrechè a contenuti logici, e più specialmente se proprio tra diritto e economia o, se più piace, tra realtà psicofisiche della vita sociale e il contenuto spirituale da esse portato, possa essere assunto questo rapporto puramente logico della condizione e della conseguenza. Il rapporto tra i componenti della vita sociale che qui c'interessano, cioè a dire le realtà psicofisiche delle azioni umane e il contenuto spirituale che appunto lega in fascio nelle forme sociali queste realtà da cui è portato, a nostro modo di vedere, non è il rapporto logico di condizione e conseguenza, sibbene il rapporto dell'ideale e

---

(1) Gran parte della più bella opera di R. STAMMLER, il fondamentale libro *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung* è dedicata alla deduzione e al consolidamento di questo pensiero. Il suo atteggiamento circa questo punto è riassunto nel suo *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, III ediz., 1928, § 56, 6, pagg. 117-118.



del reale, dell'idealità e della realtà, il quale si svolge come problema nei fenomeni della realizzazione di norme o di valori. Precisamente per ciò ci eravamo sforzati di trarre non da categorie logiche, sibbene dal semplice fatto che la società non possiede nessun corpo indipendente come realtà fisica e nessuna anima collettiva autonoma come realtà psichica, la conseguenza che se le parti psicofisiche dell'esistenza sociale non possono mai essere trattate senza riferimento al contenuto da esse portato, per contro quest'ultimo lo può anche indipendentemente. Questa conseguenza fonda l'indipendenza della giurisprudenza di fronte alla sociologia del diritto, come la dottrina dello Stammler afferma l'indipendenza di essa di fronte all'economia.

Questa circostanza che il *contenuto* di diritto può essere considerato e trattato senza riferimento al processo di positività del diritto da cui esso è portato come contenuto spirituale, costituisce la causa di un *doppio senso della parola diritto*, che ha già creato molti equivoci nella teoria giuridica. Col nome di *diritto positivo* viene cioè indicato non solo l'intero fenomeno sociale della norma di diritto portata dalle realtà psicofisiche, ma anche il *contenuto di norma in sè*, sebbene *questo contenuto di norma possa essere considerato come contenuto di diritto positivo, solo perchè viene portato dalla realtà psicofisica a esso collegata*.

Questa realtà appartiene dunque alle caratteristiche essenziali del diritto positivo, ciò che non è preso in considerazione dall'uso del termine sovra accennato. Il nome di « diritto positivo », dato già al mero *contenuto di norma*, ci lascia intendere che si può parlare di applicazione del diritto, sebbene la relativa norma prima del suo impiego non sia ancora diritto positivo vigente. Se si dovesse indicare solamente l'intero fenomeno sociale « diritto positivo » con questo nome, in tal caso non si potrebbe mai parlare della creazione e dell'applicazione di questo fenomeno sociale, il quale comprende già in sè gli atti creativi e quelli applicativi. Tanto la creazione quanto l'applicazione rappresentano processi parziali puramente interni nel totale processo di vita del diritto. Per poter isolare queste fasi del processo bisognerebbe distaccare una parte costitutiva del fenomeno giuridico, e cioè il suo contenuto normativo, dagli atti psicofisici che lo portano, e impiegarlo come unità di misura per il giudizio di questi atti.



### V. - Esame sociologico, giuridico e filosofico del diritto.

La circostanza che le norme di diritto possano essere assunte in esame anche per sè stanti, oltrechè in unione con la realtà psico-fisica che le porta, rende possibile un'indagine normativa del contenuto giuridico accanto a quella sociologica del diritto. Questi due campi di osservazione acquistano poi un interesse *giuridico-filosofico*, se essi non si limitino a una data concreta attuazione di diritto o norma giuridica, sibbene si estendano *al diritto in generale*. Se la filosofia costituisce un « trattamento *universale* del mondo », il cui oggetto è dato dalla totalità delle cose come tale (1), sarà possibile definire come *filosofico-giuridico* solo quello studio di diritto che si dirige come oggetto al complesso del *νομος* giuridico, tenta scoprire gli elementi fissi e immutabili nelle alterne regole giuridiche e assume il diritto come complesso *sub specie totalitatis*. Se vogliamo chiamare forma i tratti essenziali immutabili di una cosa, è chiaro che in questo senso l'esame giuridico-filosofico si presenta come nettamente *formale*.

*Il trattamento del contenuto giuridico*, che trova il suo campo appropriato d'applicazione nella giurisprudenza dommatica, entra nei limiti della filosofia del diritto solo quando esso si liberi da tutti i particolari contenuti giuridici e da tutti i concetti di contenuto giuridico, limitandosi alla constatazione che il mutevole contenuto giuridico ha sempre un senso normativo.

E poichè, secondo Stammler, « non si hanno disposizioni giuridiche che siano fissate *a priori* secondo il loro contenuto positivo » (2), l'esame giuridico filosofico del contenuto di diritto all'infuori dei tratti essenziali formali e normativi del contenuto giuridico può proporsi a compito solo il tracciamento di quei *confini* entro i quali è dato di muoversi al mutevole contenuto giuridico; pertanto l'impossibile fisico-sociologico e logico non può formare contenuto del diritto positivo: il contenuto giuridico deve arrestarsi entro i limiti del possibile secondo il senso di cui sopra (3). Inoltre appartiene certo alla filosofia del diritto anche tutto ciò che si può dire in *generale* quanto

(1) Cfr. HEINRICH RICKERT, *System der Philosophie*, I parte, Tübingen, 1921, pagg. 9 e ss.

(2) R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*, I ediz., Leipzig, 1896, pag. 184.

(3) Cfr. il pensiero del « diritto di natura negativo » nella mia monografia: *Reine Rechtslehre, Naturrecht und Rechtspositivismus*, cit., pag. 102.



al valore del contenuto di diritto, ma questo problema mostra già oltre alla cerchia del diritto e necessita un'unità di misura morale (la giustizia) per la valutazione del contenuto di diritto.

*L'esame sociologico del diritto*, che trova il suo campo d'applicazione appropriato nella sociologia e nella storia del diritto, affronta il campo della filosofia del diritto se esso, facendo astrazione dalle specialità del contenuto del diritto concreto, si limita a trattare i permanenti elementi sociologici del diritto. Questi ultimi si raccolgono nel *processo di positività* del diritto, che è quanto dire nel processo di *creazione e applicazione del diritto*.

Il problema della positività del diritto può anche essere chiamato problema della potenza di diritto. Inoltre appartiene certo alla filosofia del diritto tutto ciò che si può dire *in generale* quanto ai fattori e agli effetti della potenza di diritto, alle cause della creazione giuridica e agli effetti di applicazione; ma già questo esame esce fuori dal campo del diritto e addita la scoperta della dipendenza causale del diritto con gli altri fenomeni sociali.

Poichè noi non intendiamo sciogliere il nostro problema sulla base di un ordinamento giuridico concreto, si pone tosto, dopo il già detto, la domanda su quanto di *filosofico-giuridico*, cioè a dire di *validità generale*, si abbia in riferimento alla creazione, all'applicazione di diritto e alla loro distinzione.

## VI. - Il problema della creazione del diritto e della sua applicazione come problema di essenza del diritto.

Dopo quanto è stato scritto fin qui (II e III) poco abbiamo da aggiungere su ciò che concerne i permanenti elementi *sociologici* del diritto. Gli elementi sociologici del diritto si raccolgono nel processo di creazione e applicazione.

Creazione e applicazione confluiscono l'una nell'altra, costituendo insieme il processo di positività del diritto (cfr. II). Tale processo significa il contatto delle norme giuridiche con le realtà empiriche.

*Creazione e applicazione del diritto sono le due porte, attraverso le quali nell'edificio del diritto vengono in comunicazione il mondo della realtà e dell'essere e quello dei valori e delle norme.* Attraverso la porta della creazione sboccano le forze vive dell'essere sociale, le necessità sociali e i rapporti di autorità nel campo delle norme e si trasformano in contenuto di norme giuridiche: attraverso la porta



dell'applicazione penetrano le norme giuridiche entro la viva esistenza sociale, e si trasformano in realtà sociale.

Abbiamo così la *differenza* che nel processo *creativo* il contenuto delle norme si regola a seconda dei fatti, nel processo *applicativo* i fatti seguono il contenuto di norme. Concettualmente la distinzione sussiste chiara: se astraiamo dalle specialità del diritto concreto e trattiamo come sistema unitario tutto il contenuto dell'ordinamento giuridico positivo, tosto il processo di positività del diritto secondo il criterio di questo sistema normativo unitario si frange nel sistema applicativo e in quello creativo. Il sistema normativo unitario rampolla dalla forza creativa del diritto disteso sopra di esso e viene continuato dall'atto d'impiego a esso sottoposto (cfr. III). La teoria *dei gradi* del diritto riconosce anch'essa la profonda differenza tra creazione e applicazione con riferimento ai gradi estremi della catena: il punto più alto, il quale « non è condizionato da nessun fenomeno giuridico », e « per natura non è capace di esecuzione », « si presenta chiaramente come pura creazione di diritto », il punto più basso, « il quale non è condizione per nessun altro fenomeno di diritto », e « invero esegue ma non produce diritto », « si presenta come pura applicazione giuridica », per usare le parole del Merkl (1). E invero in questi due estremi della serie noi abbiamo dinanzi agli occhi pura creazione e pura applicazione, constatazione che già di per sè è sufficiente a imporre il mantenimento della distinzione tra questi due processi. Qui basti rilevare come in questo senso il più alto grado della serie venga costituito solamente dal diritto originario e rivoluzionario, mentre dal diritto legittimo supremo (la legge) solo quando a esso spetti la modificazione di quelle norme giuridiche che regolano appunto il suo sorgere. In quest'ultimo caso tuttavia la creazione di questo diritto legittimo primario è già in un certo senso l'applicazione, mediante la più alta autorità giuridica, delle norme regolanti il processo creativo, sebbene questa stessa autorità non sia tanto legata giuridicamente a queste norme da non poterla essa stessa modificare. Il Merkl ha anche con sufficiente chiarezza sottolineato come possano rientrare nel più basso grado della serie solo gli atti così detti di pura realtà, ma non le disposizioni giudiziarie ed amministrative (2).

(1) *Die Lehre von der Rechtskraft*, pag. 218. Cfr. sopra I, pag. 655, nota 3.

(2) *Op. cit.*, pag. 219.



Solo in riferimento al *corpo intermedio* della serie di diritto afferma la teoria dei gradi il corrente parallelismo tra creazioni e applicazioni, cioè a dire che un grado intermedio è a un tempo applicazione di uno più alto e creazione di uno più basso. Se non che questo problema dei gradi intermedi non è in realtà un puro problema di essenza di diritto, sibbene in gran parte un *problema di contenuto di diritto*. Cioè a dire non è necessario che si abbiano gradi intermedi, mentre sarebbe possibile immaginare l'esistenza di un'unica forma di diritto, con riferimento alla quale gli atti positivi potrebbero qualificarsi come aspetti creativi o come aspetti di applicazione.

Ma poichè tanto la creazione che l'impiego sono processi sociali, si ravvisa la possibilità che essi al pari di tutti gli altri fenomeni sociali divengano oggetto di un regolamento giuridico.

Se il processo sociale di creazione diventa oggetto di regolamento positivo giuridico, ciò significa o che viene regolata la creazione del diritto primario stesso o che alla primaria fonte di diritto vengono inserite e subordinate delle fonti secondarie, le quali tra loro si schierano nei rapporti della coordinazione o subordinazione. In questo modo si può a piacere allungare una serie di gradi di creazione. Se oltre a ciò anche il processo sociale di impiego venga assoggettato a un regolamento positivo giuridico, avremo anche qui a piacere molti gradi d'applicazione. E i gradi creativi e d'applicazione tanto più prossimi si faranno, quanto maggiormente in questo regolamento si esprimeranno i *vincoli* del creatore e la *libertà* di chi applica.

È certo che *ogni regolamento della creazione di diritto trasforma questa parzialmente in un'applicazione*: le norme poste dalle fonti giuridiche primarie debbono essere seguite, che è quanto dire impiegate, dalle fonti secondarie: pertanto il creatore del diritto secondario è sempre anche un applicatore del primario. D'altro lato, anche il *regolamento dell'applicazione*, in quanto elargisce a chi applica la libera disposizione di determinazione e di decisione, *traduce la funzione applicativa parzialmente in una funzione creativa*. L'attività creativa del giudice e della prassi amministrativa in caso di *ius aequum*, e la simiglianza del diritto soggettivo con la creazione di diritto ne sono esempi. Anche il Somló sottolinea che i concetti di impiego e posizione (rinvenimento e creazione) di diritto non stanno affatto in contrapposto, mentre solo occorre, secondo il suo pensiero, non dimenticare la distinzione del diritto primario e secondario. L'esecuzione



o applicazione del diritto da parte dell'obbligato alla norma — scrive egli — può consistere precisamente in una posizione di norma, mediante cui l'obbligato si trasforma in un organo (1), cioè a dire in una fonte secondaria di diritto, dato che organi di diritto e fonti secondarie sono equivalenti per il Somló (2). Sebbene l'assunzione dei *gradi intermedi* nella serie giuridica sia opera di un regolamento positivo giuridico, non può trarsene d'altro canto la conseguenza che questo problema dei gradi intermedi costituisca *esclusivamente* un problema di *contenuto* di diritto. Il regolamento giuridico dei gradi intermedi di creazione e di applicazione non significa creazione e applicazione realizzati in questi gradi. Tanto quelle norme giuridiche che regolano la creazione, quanto quelle che attendono di essere prodotte sulla base di queste norme, debbono essere create in un processo storico sociale. Il problema dell'essenza di diritto, dei rapporti fra creatore di diritto e norma di diritto creata, tra realtà e norma, tra essere e dover essere, si presenta perciò di nuovo in tutti i gradi intermedi. Lo stesso può essere affermato anche nei riguardi dell'applicazione: anche le norme che regolano quest'ultima debbono essere attuate mediante un'azione umana. Il problema di essenza del diritto, delle relazioni fra attuatore di norma e norma giuridica attuata, il problema della realizzazione delle norme o realizzazione di valore, si presenta ancora in tutti i gradi.

Lo stesso Kelsen ha riconosciuto chiaramente tale punto. « La « catena dei gradi della creazione di diritto, scrive egli testualmente, « è caratterizzata da un parallelismo tra fattispecie attuale e norma. « La norma di ciascun grado più alto racchiude come parte del suo « contenuto la circoscrizione di un fatto, il quale funziona come « creazione del grado inferiore. Perchè il processo giuridico si svolga, « il dato di fatto determinato dalla norma di grado superiore deve « *essere realmente posto*. Una deliberazione di parlamento deve essere « *realmente assunta*, la volontà di un monarca, la pronunzia di sentenza « del giudice debbono *effettivamente manifestarsi*, insomma *deve essere* « *posto un atto psico-fisico* il quale porta la norma di grado inferiore. . . . Osservando l'importante distinzione fra l'*atto* che pone « la norma e la *norma* posta da questo atto, si può affermare: « *ciò che è dato di fatto* in riferimento al grado superiore appare

(1) *Juristische Grundlehre*, pag. 422-423.

(2) *Op. cit.*, pag. 331.



« come *norma* nei confronti di quello inferiore . . . . . In questo trattamento dinamico la *positività* del diritto si manifesta come una concretizzazione gradata . . . . . Solo che non venga mai rimossa dal concetto di positività la relazione tra norma e fatto, fra dover essere e essere. Sarebbe puramente illusorio credere che con ciò venga risolta la positività come un problema del tutto *immanente* al sistema di diritto. Molto più anzi si riproduce sempre di nuovo in ogni grado dell'ordinamento giuridico il problema della relazione fra il sistema di diritto come norma e il sistema della realtà di natura corrispondente alla norma » (1).

A queste acute osservazioni del Kelsen si potrebbe tuttavia contrapporre che il problema della positività del diritto non solo non è interamente un problema di contenuto giuridico, ma anzi che esso non è affatto un problema di contenuto giuridico. Anche nei riguardi dei gradi intermedi della serie giuridica gli atti di processo di positività, di creazione e di applicazione si pongono come azioni umane effettivamente attuate: il contenuto giuridico normativo serve solo come unità di misura per il giudizio di questi fatti storico-sociali, come creazione o applicazione.

Questo giudizio dei gradi intermedi del processo di positività viene reso più complesso, ove il processo creativo e applicativo sia regolato positivamente, giacchè in tal caso abbiamo propriamente due contenuti giuridici normativi come misure di questo giudizio.

Come creazione o impiego di diritto questi due processi si presentano non alla stregua delle norme che li regolano, sibbene in riferimento a quelle norme che attendono di essere create o impiegate sulla base del regolamento in questione. La creazione di diritto giuridicamente regolata è applicazione di diritto considerata dal punto di vista della norma superiore che la regola, in quanto basti il vincolo creato da questa norma, mentre è creazione di diritto considerata dal punto di vista della norma inferiore da essa prodotta in quanto questa sia il risultato di una libera attività creativa. L'applicazione giuridicamente regolata tanto dal punto di vista delle norme che la regolano quanto da quello delle norme da applicare in senso stretto, le quali possono appartenere a distinti gradi di diritto, è applicazione di diritto, e solo in quanto il regolamento dell'applicazione giuridica significa una modificazione generale delle

(1) *Allgemeine Staatslehre*, pagg. 249-250 : le sottolineature in parte sono mie



norme da applicare in senso stretto e rispettivamente l'autorizzazione dell'applicatore di diritto a procedere a questa modificazione, solo in tanto tale applicazione di diritto, a cui è concessa la considerazione delle specialità di caso concreto trascurate dal creatore di diritto, si presenta essa per questa parte come fonte secondaria di creazione. I *gradi intermedi* del processo di positività si svolgono quindi come una *fusione* tra creazione e impiego: ne consegue — come già è stato detto — una certa relatività di separazione tra queste due funzioni, non appena un regolamento positivo sorga a disciplinarle. Non le norme, sibbene i fatti storico-sociali dei gradi intermedi mostrano tale mescolanza di creazione e impiego, ma questo significa semplicemente che tali fatti vengono giudicati con due contenuti di norma, e pertanto qualificati *in parte* come creazione, *in parte* come impiego.

Questi fatti che si presentano come un complesso di azioni umane contengono dunque in loro due elementi, in differenti proporzioni: laddove l'elemento della libera attività prenda il sopravvento, là l'intero complesso piega verso la creazione, mentre va piuttosto ascrivito a impiego, nel caso che preponderi l'elemento del vincolo. *Concettualmente* è sempre possibile, anche nel processo di positività di diritto *dei gradi intermedi*, separare l'elemento creativo da quello applicativo.

La teoria stessa dei gradi parla solo di un *parallelismo* tra creazione e impiego in riferimento ai gradi intermedi. Certamente afferma il Merkl che ciascun grado intermedio a *un tempo* rappresenta l'applicazione di una norma superiore e la creazione di una inferiore.

Per contro, possiamo affermare che il processo di positività di ogni grado intermedio comprende funzioni *tanto* creative *quanto* applicative, che il grado intermedio in questo senso si presenta in parte come creazione, in parte come applicazione. Noi crediamo tuttavia che questa interpretazione possa conciliarsi col concetto fondamentale della teoria dei gradi. Possono certo rinvenirsi molte esatte osservazioni nella dottrina dei gradi di diritto, ma certo non possiamo trarne la conclusione che sia stata rimossa per sempre la distinzione tradizionale tra creazione e impiego. I nostri rilievi fin qui tendono a dimostrare *che la distinzione concettuale di creazione e impiego può essere mantenuta in ogni grado di diritto*.



## VII. - Il problema della creazione del diritto e della sua applicazione, come problema di contenuto del diritto.

Uno dei più grandi meriti della teoria dei gradi è quello di aver approfondito la somiglianza tra creazione e applicazione. A conclusione desidereremmo ancora gettare un fugace sguardo al problema di contenuto di creazione e d'impiego per mostrare le affinità anche nel regolamento positivo giuridico di questi processi.

La distinzione tra creazione e impiego giace senza dubbio non nella sfera di contenuto della norma, ma nel rapporto tra realtà e norma: se è il contenuto di norma che si configura secondo la realtà, abbiamo creazione, se per contro è la realtà che si adagia sul contenuto di norma, abbiamo l'applicazione. Ma se il contenuto giuridico positivo disciplina questi contrapposti processi nel senso sopra osservato, anche la loro differenza si rifletterà nel contenuto del regolamento corrispondente. La differenza sociale fra il potere e l'ossequio, fra il comando e l'obbedienza, fra la libera attività formativa del creatore di diritto e il vincolo di chi esegue, verrà a ritrovarsi anche nel contenuto di quelle norme giuridiche, le quali fanno oggetto del loro regolamento la creazione o l'applicazione. La limitazione della libertà del creatore di diritto, e la dissoluzione dei vincoli di chi attua, formano il problema di questo corrispondente regolamento positivo giuridico. Quest'ultimo caso si presenta limpido nel movimento del diritto libero.

I diritti positivi sogliono, in corrispondenza alla differenza di cui sopra, sottolineare profondamente la distinzione tra creatore e applicatore di diritto. Ne sono esempi la netta separazione dell'organo di Stato dal semplice suddito, il principio della separazione di poteri, la distinzione fra legislazione, amministrazione e giustizia.

Ma poichè i processi storico-sociali della creazione e dell'applicazione mostrano caratteristiche affini, poichè ambedue sono complessi di azioni umane giuridicamente rilevanti e insieme costituenti il processo di positività giuridica, tale somiglianza di essenza deve rispecchiarsi necessariamente nel corrispondente regolamento giuridico. Ci sia concesso di approfondire alquanto questo punto.

Nel trattamento di un problema di contenuto giuridico è di interesse *giuridico-filosofico* il problema di *confini* del possibile regola-



mento giuridico. Il regolamento giuridico della *creazione* può avere contenuto svariato, ma non può superare due limiti.

*Da un canto*, la mutazione del diritto si può rendere più difficile, ma non nettamente proibire, giacchè questo significherebbe eleggere a contenuto del diritto una sociologica impossibilità; non esiste nessuna legge *in perpetuum valitura*; il divieto di modificazione urta contro la legge sociologica dello svolgimento di diritto. *D'altro lato*, il diritto non può consentire la rivoluzionaria modificazione del diritto stesso, giacchè ciò costituirebbe una logica impossibilità. Tra questi due estremi il regolamento positivo giuridico può rendere le modificazioni più difficili o più facili, con che sorgono due tipi di questi corrispondenti regolamenti: uno, il quale, per quanto è possibile, rende *fisso* il diritto attuale e difficile il suo adattamento allo sviluppo sociale, l'altro che, per quanto è possibile, rende il diritto *flessibile* e agevole il suo adattamento alla mutevolezza della vita sociale. Il regolamento giuridico dell'*applicazione* deve egualmente mantenersi entro due estremi: *da un canto* non può proibire l'interpretazione a chi applica il diritto, giacchè questo rappresenta un'impossibilità, non essendo concepibile l'applicazione del diritto priva dell'intelligenza e dell'interpretazione di esso; *d'altro canto* il diritto può consentire a chi lo applichi la facoltà *eccezionale* di discostarsi dal diritto, che è quanto dire non applicarlo, ma non può in *linea generale* riconoscere tale facoltà, giacchè questo significherebbe distruggere la forza coattiva del diritto, che è quanto dire il diritto stesso. Fra questi due estremi il regolamento positivo giuridico può assicurare a chi applichi il diritto una posizione relativamente dipendente o indipendente, limitando l'esecutore a sussunzioni logiche o autorizzandolo a disposizioni di volontà libere e a valutazioni etiche; dal che sorgono due tipi di corrispondenti regolamenti: il tipo dell'*jus strictum*, il quale rende difficile l'adattamento del diritto alle esigenze della vita mutevole, e quello dell'*jus aequum*, il quale agevola tale adattamento agli alterni casi concreti. Non è difficile controllare la profonda affinità del regolamento positivo giuridico di creazione o applicazione in riferimento ai limiti del possibile regolamento e ai tipi principali di questo.

Noi potremmo condurre oltre l'esame di queste somiglianze alla stregua di regolamenti concreti, non soltanto limitando la nostra ricerca all'esame dell'applicazione giuridica in generale e della creazione, ma anzi allargandola alla comparazione fra creazione di diritto,



applicazione per mezzo di organi di Stato e applicazione per mezzo dei cittadini soggetti. Noi intendiamo tuttavia limitarci ai due esempi seguenti. È stato accennato come il diritto possa autorizzare chi lo applica a discostarsi, *in via d'eccezione*, dall'applicazione del diritto stesso. Nella sfera di applicazione del diritto per mezzo di organi di Stato la legge può dare facoltà al giudice di non osservare la legge stessa in quei casi in cui la sua applicazione condurrebbe a aspra ingiustizia o insostenibile inopportunità. Nella sfera dell'applicazione del diritto per mezzo dei cittadini sottoposti troviamo l'analogo nello *stato di necessità* civile e penale, allo stesso modo che l'*ordinanza di necessità* nella sfera delle fonti secondarie di diritto. Altro esempio: nella sfera dell'applicazione è ben noto il sistema del cosiddetto *référé législatif*; cui corrisponde nella sfera della creazione di diritto il *referendum* e nella sfera dell'applicazione di diritto per mezzo di sudditi il caso in cui sia necessaria l'approvazione di un organo di Stato per la validità di un negozio giuridico privato (1).

Ma non solo le determinazioni di contenuto giuridico per creazione e applicazione di diritto mostrano una profonda affinità, sibbene sono anche in fondo somiglianti i motivi *giuridico-politici*, in forza dei quali il diritto positivo ritiene necessario disciplinare il processo di creazione e di applicazione. Il diritto positivo regola il processo di creazione per assicurare un flusso di modificazione scorrevole e privo di attrito, per rendere possibile l'adattamento del diritto ai cangiamenti del complesso sociale, alle mutevoli esigenze di vita. E il diritto positivo regola il processo di applicazione per rendere possibile a chi lo applichi la considerazione delle individuali peculiarità del caso concreto, l'adattamento del diritto alle esigenze della vita multiforme. Ciascun regolamento giuridico racchiude in sé un frammento del passato: perchè esso non riesca a un soffocamento del vitale presente e dell'incombente avvenire, perchè esso sia sostegno e non vincolo dello sviluppo sociale, gli è necessario mantenersi sufficientemente elastico. Il regolamento della creazione di diritto ha lo scopo di assicurare *nelle grandi linee* questa elasticità e flessibilità del diritto, il regolamento dell'applicazione di diritto ha il compito di assicurare ciò *nei dettagli*. Lo scopo è dunque

---

(1) Sulle citate determinazioni di contenuto giuridico per l'impiego di diritto cfr. SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, pag. 384 e ss.



identico per ambedue: *conciliare la rigidezza statica del sistema di norma col dinamismo della vita.*

Da questa formula risorge ancora l'eco del tema fondamentale della nostra trattazione: *il problema della creazione e dell'applicazione di diritto rappresenta il problema delle relazioni tra norma e realtà.*

Creazione e applicazione di diritto costituiscono le due correnti, per mezzo delle quali i fatti sociali affluiscono nel mondo delle norme e le norme nel dominio delle realtà sociali.

GIULIO MOÒR

PROFESSORE NELL'UNIVERSITÀ DI BUDAPEST

[Trad. di Alfredo Zapponi]













# RIVISTA INTERNAZIONALE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

diretta da

**GIORGIO DEL VECCHIO**

Professore nella R. Università di Roma

colla cooperazione di

**FELICE BATTAGLIA**

Professore nella R. Università di Siena

**GIUSEPPE CAPOGRASSI**

Professore nella R. Università di Sassari

**GIACOMO PERTICONE**

Professore nella Università di Ferrara

**ARRIGO SALONE**

Avvocato in Alessandria d'Egitto

## SOMMARIO:

	Pag.
GIULIO MOOR. . . . . — Creazione e applicazione del diritto . . . . .	653
LUBOMIR DIKOFF . . . . . — Norma giuridica e volontà privata . . . . .	681
GIACOMO PERTICONE . . . . . — Regime politico e ordinamento giuridico. I. . . . .	707
GIORGIO DEL VECCHIO. — Etica, diritto e Stato. . . . .	726

## NOTE E DISCUSSIONI

RENZO SERENO. . . . . — Sul concetto di dottrina paneuropea. . . . .	739
GIUSEPPE AVERNA. . . . . — Le idee politiche e sociali di Fénelon . . . . .	752
GIACOMO PERTICONE . . . . . — Nota ad una recensione . . . . .	758

## NECROLOGIO

B. Brugi (A. LEVI) — F. Perez Bueno (L. RECASENS SICHES) . . . . .	760
--	-----

## NOTIZIE

L'ottavo Congresso internazionale di Filosofia (C. C.) — Il III Congresso nazionale di Arti e Tradizioni popolari (F. M.) — Il Congresso internazionale delle scienze antro- pologiche ed etnologiche (R. CORSO). . . . .	767
---	-----

## SUNTI DI RIVISTE

L'obiezione di coscienza . . . . .	776
------------------------------------	-----

## NOTE BIBLIOGRAFICHE

<i>I frammenti degli Stoici antichi</i> . Vol. I, Zenone (R. MONDOLFO) — G. Della Valle, <i>Tito Lucrezio Caro e l'epicureismo campano</i> ; Id., <i>Dove nacque Lucrezio Caro?</i> (R. MON- DOLFO) — <i>Relecciones Teologicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria</i> (G. AVERNA) — E. Dedek - Héry, <i>Jean-Jacques Rousseau et le projet de constitution pour la Corse</i> (E. DI CARLO) — M. de la Bigne de Villeneuve, <i>La fin du principe de séparation des pouvoirs. Les nouvelles formules de la Statologie sociale</i> (F. BATTAGLIA) — M. Lasers- son, <i>Die russische Rechtsphilosophie</i> (G. AVERNA) — J. Arruda, <i>O Moloch moderno</i> (C. CURCIO) . . . . .	778
Libri ricevuti . . . . .	788